

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 2. Mai 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 13. März 2013 (EK130053)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 13. März 2013 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dietikon den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt diese die Aufhebung des Konkursdekretes (act. 2). Weiter reichte sie zahlreiche Beilagen zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 2 und 5/C und /1-7).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Telefonat vom 25. März 2013 und gleichentags erlassener Verfügung wurde der Schuldnerin erklärt, dass der Konkurshinderungsgrund innert der Rechtsmittelfrist bewiesen werden müsse. Da gestützt auf eine Faxeingabe der Gläubigerin vom 25. März 2013, womit diese die Bezahlung der Vergleichssumme bestätigte und deshalb auf die weitere Durchführung des Konkurses verzichtete, die rechtzeitige Verwirklichung des Konkurshinderungsgrundes wahrscheinlich erschien, wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Sodann wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 750.-- für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten angesetzt und sie schliesslich darauf hingewiesen, dass alle Beweismittel per Post einzureichen seien. Von ei-

ner Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz wurde angesichts der Verzichtserklärung der Gläubigerin abgesehen (act. 8-10, act. 5/6-7).

Mit Eingabe ebenfalls noch vom 25. März 2013 reichte die Schuldnerin per Post die Faxeingabe der Gläubigerin nach, womit diese ihren Verzicht erklärte, nach (act. 12-13). Damit erfolgte der Nachweis des Konkurshinderungsgrundes des Gläubigerverzichts innert der Beschwerdefrist. Des Weiteren leistete die Schuldnerin den Vorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 15).

4. Überdies hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes C. \_\_\_\_\_ (act. 5/5) wurden in der Zeit vom 1. Januar 2011 bis zum 18. März 2013 16 Beteiligungen eingeleitet, wovon 10 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in drei Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lassen auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde in der dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Beteiligung Nr. ... inzwischen auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Damit sind gegenwärtig noch fünf Betei-

bungen in Höhe von ca. Fr. 63'000.-- offen. Zum grössten Posten von Fr. 44'765.30 (Betreibung Nr. ... der D. \_\_\_\_\_ SA) verweist die Schuldnerin auf eine Abzahlungsvereinbarung vom 22. Januar 2013. Im Zuge des Abschlusses dieser Vereinbarung habe die D. \_\_\_\_\_ ihr Begehren um Konkurseröffnung zurückgezogen, und die auf den 23. Januar 2013 angesetzte Verhandlung habe nicht stattgefunden (act. 2 S. 4 f., act. 5/2 und /4). Vorab ist anzumerken, dass das mit "Schuldanererkennung" bezeichnete Dokument vom 22. Januar 2013 nur die Unterschrift der Schuldnerin trägt und deshalb über das Einverständnis der D. \_\_\_\_\_ zu den Ratenzahlungen keinen Aufschluss gibt. Vom beantragten Beizug der diesbezüglichen Konkursakten kann indes abgesehen werden, da diese Forderung selbst bei zustande gekommener Vereinbarung mangels Belegen über bereits erfolgte Teilzahlungen als offen zu betrachten ist und nach Art. 174 SchKG die Zahlungsfähigkeit innert der Beschwerdefrist glaubhaft zu machen ist; Aktenbeizüge sind dafür nicht vorgesehen. In den übrigen Betreibungen wurden anerkanntermassen noch keine Zahlungen geleistet. Diese sollen nach Aufhebung der Konkurseröffnung – teilweise in Raten – erfolgen (act. 2 S. 5). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von rund Fr. 63'000.--.

b) Die Schuldnerin reichte keine Kreditorenliste ein. Ebenso wenig liegt ein Jahres- oder Zwischenabschluss bei den Akten. Es kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass nebst den betriebenen noch andere Verbindlichkeiten vorliegen. Die Schuldnerin hat demnach Verpflichtungen von mindestens Fr. 63'000.--. Demgegenüber macht sie Debitoren in Form von ausgestellten Rechnungen in Höhe von Fr. 9'767.-- geltend, wobei bereits einzelne Zahlungseingänge zu verbuchen seien (act. 2 S. 4, act. 5/3). Dazu ist Folgendes anzumerken: Die Schuldnerin reichte Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 14'276.10 ein. Bringt man die als "Bezahlt" und mit "Akonto", "Gutschriften" sowie "Ungültig" bezeichneten Beträge in Abzug, verbleiben Fr. 7'592.30. Damit ist von Debitoren von Fr. 7'592.30 auszugehen, wobei in Anbetracht der zugestandenen Zahlungsfrist von jeweils 20 Tagen fraglich ist, ob die letztjährigen Rechnungsbeträge in voller Höhe und innert nützlicher Frist einbringlich sind. Die Schuldnerin unterliess es, Kontoauszüge einzureichen oder andere kurzfristig verfügbare Mittel glaubhaft zu machen. Sie verweist auf das Saisongeschäft, welches bei einem Pnehändler im

Frühling und im Herbst seinen Höhepunkt erreiche. Zahlreiche Kunden hätten ihre Sommerreifen bei ihr eingelagert, was sie mit einer handschriftlichen Liste untermauert. Diese sei fälschlicherweise mit "Räder-Lager 2010 Winter Lager" beschriftet, aus der letzten Spalte ergebe sich aber, dass die Einlagerung durch 164 Kunden grösstenteils zwischen Oktober und Dezember 2012 erfolgte. Diese würden in den nächsten Tagen ihre Reifen montieren lassen. Gemäss dem zufolge Konkursöffnung nicht zugänglichen elektronisch erfassten Lager habe sie insgesamt rund 250 Kunden, die ihre Reifen einlagerten. (act. 2 S. 3 ff., act. 5/1). Die Reifen stellen mithin keinen Vermögenswert der Schuldnerin dar, weil sie im Eigentum der Kunden stehen. Die Schuldnerin äussert sich sodann mit keinem Wort zum erwarteten Umsatz aus dem anstehenden Frühjahrsgeschäft. Den obgenannten Rechnungen lässt sich entnehmen, dass für den Reifenwechsel einschliesslich Auswuchten und Einlagerung durchschnittlich Fr. 120.-- exkl. Mehrwertsteuer generiert werden. Dies ergäbe somit – vorausgesetzt, alle 250 Kunden würden die Reifen wechseln lassen, wovon selbst die Schuldnerin nicht auszugehen scheint – einen Umsatz von maximal rund Fr. 30'000.--. Da nur weiter verwendbare Reifen überhaupt eingelagert werden und die Schuldnerin zum Verkauf neuer Reifen keinerlei Angaben macht, können allfällige hieraus resultierende Einkünfte nicht berücksichtigt werden. Die Schuldnerin unterliess es sodann gänzlich, ihre Kostenseite und Gewinnsituation darzulegen. Es ist lediglich bekannt, dass sie nebst dem Geschäftsführer E.\_\_\_\_\_ einen Mitarbeiter beschäftigt (act. 2 S. 3). Demnach vermögen die Debitoren die Verbindlichkeiten nicht annähernd zu decken.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin saisonbedingt im Sommer und im Winter einen deutlich tieferen Umsatz erzielen dürfte. Die eingangs erwähnte Vereinbarung mit der D.\_\_\_\_\_ bedeutet ferner keine substantielle Entlastung, müssen doch die gesamten Fr. 42'000.-- zuzüglich Zins bis Juni 2013 und damit innert Kürze bezahlt sein, "wenn A.\_\_\_\_\_ offen" (act. 5/4). Dieser Zusatz lässt vermuten, dass die Schuldnerin selbst einige Zweifel an ihrer Liquidität hegt. Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie ihre Schulden in absehbarer Zeit abzutragen, als nicht glaubhaft. Daran

vermag auch der Umstand, dass E. \_\_\_\_\_ die Konkursforderung aus seinem privaten Vermögen tilgte und offenbar gewillt ist, weitere Privateinlagen zu leisten, nichts zu ändern (act. 2 S. 5). Weder finden sich in den Akten z.B. anhand von Kontoauszügen oder der Steuererklärung Anhaltspunkte zur finanziellen Lage von E. \_\_\_\_\_ noch liegt eine entsprechende Erklärung von ihm vor. Allein wegen der Bezahlung der Konkursforderung von immerhin ca. Fr. 12'000.-- auf weitere Leistungen von E. \_\_\_\_\_ zugunsten der Schuldnerin zu schliessen, geht zu weit, war er doch offenbar nicht gewillt oder in der Lage, weitere Betreibungen zu begleichen. Selbst wenn die Zahlungsschwierigkeiten wohl massgeblich auf die gesundheitlichen Probleme von E. \_\_\_\_\_ zurückzuführen sind (act. 2 S. 3), kann damit in Gesamtwürdigung ihrer finanziellen Lage nicht davon ausgegangen werden, die Schuldnerin befinde sich bloss in einem vorübergehenden Liquiditätseingpass.

Die Schuldnerin vermochte ihre Zahlungsfähigkeit mithin nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

6. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **2. Mai 2013, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt C. \_\_\_\_\_ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 12, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner durch besondere Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: